

# O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS CIVIS E CONSUMERISTAS

EZEQUIEL MORAIS

Autor de várias obras jurídicas, dentre elas “Código de Defesa do Consumidor Comentado” (Edt. RT), escrita em coautoria com Fábio Henrique Podestá e Marcos Carazai, e “Contratos de Crédito Bancário e de Crédito Rural – Questões Polêmicas”, com Diogo Bernardino (Edt. Método). Professor em diversos cursos de pós-graduação. Professor da FADISP/ALFA. Advogado e ex-conselheiro da OAB. Membro do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor) e do IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor). Palestrante. Membro de bancas examinadoras de concursos públicos. Coordenador do IESPE (Instituto de Especialização).

Com o advento da Constituição Federal em 1988, do Código de Defesa do Consumidor em 1990 e do Código Civil em 2002, começou a tomar forma entre nós o movimento de horizontalização dos direitos fundamentais ou, em outras palavras, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Destaque-se ainda a presença - expressa ou não - de vários princípios tanto no CCB quanto no CDC. Assim, temos que a ordem principiológica ganhou acentuada importância no regime dos negócios jurídicos; aliás, não só no regime dos negócios, mas também na sua interpretação e na disciplina dos defeitos.

Nesse contexto, lembramos que romper estruturas há muito tempo arraigadas em um sistema sempre foi tarefa árdua para o operador do Direito, ainda mais quando se trata de constitucionalizar o Direito Civil. Mas isso não constitui obstáculo intransponível. Vale lembrar, a propósito, das lições do saudoso Professor das Arcadas, Goffredo Telles Junior: “o jurista é um sonhador. É o bacharel que tem os pés na realidade, mas os olhos nas estrelas de seus ideais”.

A evolução doutrinária, com lastro na constitucionalização do direito privado (tão bem defendida por Flávio Tartuce,<sup>1</sup> dentre outros<sup>2</sup>), clamou pela aplicação dos princípios na interpretação dos contratos - e como já afirmamos em algumas obras, o Código Civil é um diploma de cláusulas abertas, propício à aplicação principiológica.

Por isso, nessa perspectiva civil-constitucional, transpor, nestas últimas décadas, o dogma *pacta sunt servanda* não foi nada fácil - inclusive, ainda não o é em virtude da tradição e das razões econômicas que muitas vezes regem os contratos e que os têm como intangíveis, desconsiderando princípios de primeira grandeza (como o da boa-fé objetiva e o da dignidade da pessoa humana) e deveres contratuais anexos (lealdade e confiança). Tais deveres contratuais anexos nos remetem à Teoria da Confiança (já abordada por Fábio Henrique Podestá<sup>3</sup>), e quando ocorre a desconsideração desses deveres anexos, afirmamos que há a violação positiva do contrato.

O Código Reale teve sua base nos princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade - todos eles ligados à boa-fé objetiva, à função social do contrato e da propriedade e à confiança. Eis, pois, as cláusulas abertas, as cláusulas gerais contidas no Código Civil de 2002.

Mas não é só. Importa dizer que os três princípios cardinais que regem os contratos, quais sejam a autonomia privada, a força obrigatória e a relatividade obrigacional, ganharam novos contornos com o surgimento dos princípios da boa-fé objetiva (que atua sobre a autonomia privada), do equilíbrio econômico (que pode alterar a força obrigatória) e da função social (que tutela interesses sociais relevantes).

Portanto, na esteira da evolução doutrinária, jurisprudencial e legal, a teoria da confiança (adotada primeiramente na Alemanha e em Portugal) está a ganhar força no Brasil para tutelar as expectativas legítimas dos contratantes geradas pelo negócio jurídico ou pelos usos adotados nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (que tem duas faces: o da segurança jurídica e o da boa-fé objetiva em conjunto com a vedação do

<sup>1</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, vol. III. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.

<sup>2</sup> Para melhor compreensão desse processo, sugerimos a leitura da recente obra de Mário Luiz Delgado: *Codificação, descodificação, recodificação do Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>3</sup> PODESTÁ, Fábio Henrique. *Princípio da confiança na teoria contratual*. Tese de doutorado em Direito Civil pela USP sob a orientação da Prof<sup>a</sup> Giselda Hironaka. Ano de obtenção: 2007.

comportamento contraditório). Inclusive, o Enunciado nº 24 do Conselho da Justiça Federal e do STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que a quebra dos deveres anexos gera uma modalidade de inadimplemento obrigacional independentemente de culpa (leia-se aplicação da responsabilidade objetiva).

Como visto, a teoria da confiança relaciona-se com a boa-fé objetiva, ou seja, a confiança legítima é assentada em um dever geral de conduta, de acordo com os usos e costumes e conforme o que se espera das partes, servindo de limite ao exercício de direitos subjetivos e/ou de suporte para interpretação dos contratos. São impostos os deveres de prevenir e de não criar ou sustentar falsas expectativas entre os contratantes; ao contrário estarão a incidir os defeitos do negócio jurídico, nas suas mais diversas matizes. Impende dizer que os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública e podemos perceber a sua incidência, mesmo que implícita, no artigo 112 do Código Civil (“nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”).

Ainda, a confiança está ligada também a alguns conceitos oriundos do direito comparado: *supressio*, *surrectio* (ambas com origem no BGB e que consagram formas de perda e aquisição de direitos, por exemplo o artigo 330 do CC), *exceptio doli* (artigo 476 do CC) e *tu quoque*, além, é claro, do abuso de direito (artigo 187 do CC e Enunciado nº 37 do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”) que, por sua vez, decorre da violação de um direito subjetivo conferido ao indivíduo que visa à satisfação dos próprios interesses. Todos esses conceitos devem ser utilizados com função integrativa – vale frisar.

Além-mar, o professor português Menezes Cordeiro<sup>4</sup> é adepto da vedação do comportamento contraditório, consubstanciada no *venire contra factum proprium non potest* e afirma que a *surrectio* faz surgir um direito que não existe juridicamente, mas que tem existência na efetividade social. No nosso Código Civil, tal máxima está implícita nos artigos 187 e 422, e o fundamento é a tutela da confiança - que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva. Nesse âmbito, José Fernando Simão fala em função reativa da boa-fé objetiva.

A vedação do comportamento contraditório (ou do comportamento surpresa) assegura a manutenção da situação de confiança criada nos negócios jurídicos. É regra de coerência, na qual é vedado que se aja em determinado momento de uma certa maneira e, depois, seja adotado um comportamento contrário à conduta inicial. Em outros termos, dá-se valor aos usos e costumes entre as partes em detrimento do que foi expressamente pactuado. No mesmo sentido, vale citar o Enunciado 362 do CJP, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

Desse modo, a proteção conferida à Teoria da Confiança tem suporte, como outrora mencionado, no princípio da boa-fé (entendida como a exigência de um comportamento leal dos contratantes - Enunciado 26 do CJP, aprovado na I Jornada de Direito Civil). Logo, sendo legítima a expectativa criada, e por ser a boa-fé uma cláusula geral inserida no nosso Código Civil (artigo 422), a tutela jurídica ampara o contratante que teve a sua confiança violada.

Já no que condiz aos deveres anexos ou acessórios de proteção, esclarecimento e lealdade, todos eles estão implícitos nos contratos, decorrem do princípio da boa-fé objetiva e geram expectativas de atitudes dos contratantes no sentido de cooperação. Esse sentido de cooperação está muito bem exposto na Teoria do *duty to mitigate the loss* (em tradução própria, é o dever de um contratante de ajudar a reduzir, a mitigar a perda do outro).

Sobre o dever de esclarecimento, isto é, de informação (aquele mesmo disposto no Código de Defesa do Consumidor como direito básico do consumidor, artigo 6º, II, e III), destacamos um tema<sup>5</sup> que merece análise ao confrontá-lo com a Teoria da Confiança: o dever de diligência (*due diligence*, da *common law*). O dever de diligência tem origem que remonta ao direito romano e apresenta-se na concepção atual dos contratos como expressão do princípio da autonomia privada, assumindo, ainda, um caráter preventivo. Cada parte tem o ônus de examinar cuidadosamente a documentação relativa ao negócio e o negócio em si (custos *ex ante* e *ex post* de transação), de tal sorte que não o fazendo assumirá os ônus dos vícios aparentes que caracterizam o objeto negocial.

<sup>4</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2001.

<sup>5</sup> MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Mas se aplicarmos o princípio da boa-fé objetiva, a aparência e a teoria da confiança, concluiremos que o dever de diligência pode ser relativizado. Explica-se: nem sempre os custos e o tempo disponível permitem realizar a *due diligence* adequadamente. Na hipótese, os contratantes se apóiam na confiança, na aparência. Eis uma parte do outro lado da moeda. E isso, por bem da Justiça Social, por bem do justo, não pode receber o nome de insegurança jurídica, não pode ser tido como a morte do *pacta sunt servanda*.

Continuando, agora no que se refere à estrutura dos contratos, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda estabeleceu, há tempos, uma estrutura única para explicar os seus elementos, que mais recentemente a Professora Titular da USP Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>6</sup> denominou-os de "Escada Ponteana", na qual o negócio jurídico é composto por três planos: da existência, da validade e da eficácia.

No que pertine aos defeitos do negócio jurídico, há defeito quando este padece de deficiência nos seus elementos capaz de gerar a sua anulação (nulidade relativa) ou nulidade (absoluta), nos termos dos artigos 166, 167 e 171 do Código Civil. Álvaro Villaça Azevedo é adepto da Teoria da Inexistência do Contrato quando faltar um dos seus elementos essenciais. Todavia, essa teoria não é adotada pela doutrina majoritária brasileira e não tem guarida completa nos Códigos Civis de 1916 e de 2002. Aliás, para Clóvis Beviláqua o ato inexistente era mais do que ato nulo, porque não tem sequer a aparência de um ato jurídico.

Em resumo, o defeito se passa no terreno da validade do negócio jurídico e não produz efeitos (ocorrência de nulidade - contrato firmado por uma pessoa absolutamente incapaz, por exemplo) ou podem estes serem inviabilizados (anulabilidade). Segundo o nosso atual Código Civil, o negócio jurídico pode ser válido ou inválido. Se for válido, produzirá efeitos; se for inválido, não produzirá efeitos (nulidade) ou poderá não produzir efeitos (anulabilidade - denominada por alguns doutrinadores de ineficácia relativa).

Assim, a teoria da confiança tem duas faces: a primeira, preza pela segurança jurídica (e até mesmo pelo *pacta sunt servanda*, pela autonomia da vontade); e a segunda face, mais importante - sob o nosso ponto de vista -, refere-se à justiça social, à justiça contratual (no seu mais supremo significado) e zela pela boa-fé objetiva e pela lealdade entre os contratantes, de modo que ao verificar a inobservância desses princípios (lembremo-nos da clássica obra de Rubens Limongi França<sup>7</sup>) e a incidência da *surrectio*, da *supressio* e do comportamento surpresa, tem a força de gerar a revisão ou a resolução contratual, pois, nesse caso, haverá defeito no negócio jurídico.

Dar guarida incondicional ao *pacta sunt servanda* na atual conjuntura equivale a ignorar o senso de justiça. O Estado deve proteger o seu povo, deve proteger o cidadão. A Constituição Federal (arts. 5º e 170 - este último referente à ordem econômica), dispõe acerca dessa proteção. A propósito, o Código Civil de 2002, previu em seção sem correspondência específica no Código de 1916, entre inúmeras outras inovações, a hipótese de uma maior intervenção do Estado nos contratos, tal como a resolução ou a revisão judicial quando a prestação se tornar excessivamente onerosa<sup>8</sup> (Código Civil, arts. 317, 478, 479 e 480) ou quando forem feridas a boa-fé objetiva e a confiança. A evolução da justiça social foi grande. A evolução da Teoria Contratual foi benéfica e significativa<sup>9</sup>.

O Código Civil de 2002 estabeleceu, assim, novos direitos e, por consequência, novos deveres; oportunizou inéditas leituras de novos princípios e teorias (como o da função social dos contratos e da confiança) - e releitura de antigos também (como o da força obrigatória dos contratos)! Sem dúvida, mudou paradigmas estabelecidos há séculos.

Por isso, faz-se necessário defender a verdadeira finalidade dos contratos, isto é, promover a realização dos legítimos interesses dos contratantes e da sociedade. Além disso, não se pode perder de vista que os pactos devem primar pela solidariedade, pelo equilíbrio das prestações, pelos valores sociais, econômicos e morais e,

<sup>6</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>7</sup> LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios gerais de direito*. 3. ed. rev. e atual. por Flávio Tartuce e Antônio Limongi França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>8</sup> Para análise mais aprofundada do tema, confira a nossa obra: MORAIS, Ezequiel; BERNARDINO, Diogo. *Contratos de crédito bancário e de crédito rural - Questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. E também GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - Contratos, Vol. IV, Tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>9</sup> Conferir em: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil - Contratos, Vol. IV, Tomo I*. São Paulo: Saraiva, 2005.

primordialmente, pelo respeito à dignidade da pessoa humana e ao consumidor (arts. 1º, III; 3º, I, e 170, III, V, VII, da CF).

Com esse propósito, ou seja, no intuito de contribuir para a mudança de paradigmas que já não acompanham mais as necessidades e os ideais de justiça das sociedades contemporâneas é que primamos pela fidelidade ao legado romanístico de pensar o Direito a partir da justiça. E foi por isso que o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal ratificaram, mais uma vez, a importância do princípio da confiança e da vedação ao abuso do direito, por ocasião da V Jornada de Direito Civil realizada em Brasília no mês de novembro de 2011, durante a qual foi aprovado o Enunciado n. 414 (sobre o art. 187): "A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito".

À guisa de conclusão, entendemos que as cláusulas gerais consagraram em boa hora valores civis-constitucionais. Além disso, “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (art. 2.035, parágrafo único, do CCB) - e a teoria da confiança, a *supressio*, a *surrectio* integram essa nova e moderna civilística pátria.

## Notas

- [1] TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, vol. III. 6. ed. São Paulo: Método, 2011.
- [2] DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação, recodificação do Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- [3] PODESTÁ, Fábio Henrique. *Princípio da confiança na teoria contratual*. Tese de doutorado em Direito Civil pela USP sob a orientação da Profª Giselda Hironaka. Ano de obtenção: 2007.
- [4] CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2001.
- [5] MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- [6] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- [7] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Princípios gerais de direito*. 3. ed. rev. e atual. por Flávio Tartuce e Antônio Limongi França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- [8] MORAIS, Ezequiel; BERNARDINO, Diogo. *Contratos de crédito bancário e de crédito rural – Questões polêmicas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.
- [9] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – Contratos*, Vol. IV, Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005.